Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Hohen juristischen Fakultät
der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hans Wiesenthal,
Referendar bei dem Königl. Landgericht zu Breslau.

Breslau 1909.
Druck der Buchdruckerei der Schlesischen Volkszeitung.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Schott.**
Korreferent: Professor Dr. **Herb. Meyer.**

Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Professor Dr. Jörs

und seinem

hochverehrten Nachfolger

Herrn Professor Dr. Schott

in Dankbarkeit gewidmet

Der Verfasser.

Literaturverzeichnis.

Barkow. Zurückbehaltungsrecht bei Arbeits- oder Dienstlohnforderungen. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Jahrg. 1903.

Baum. Die Grenzen des Aufrechnungsverbots gegenüber der Lohnforderung. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Jahrg. 1902.

Boeckh. Aufrechnung und Zurückbehaltung. Das Gewerbegericht. 6. Jahrg.

Boethke. Der Dienstvertrag der Beamten der Privateisenbahnen in Preußen. **Egers** Eisenbahnrechtliche Entscheidungen. Bd. 21.

Burchardt. Streitfragen des Arbeitsvertrages. Deutsche Juristen-Zeitung. Jahrg. 1900.

Cosack. Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. Jena 1900.

Cramer. Bemerkungen über das sogenannte Retentionsrecht. Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 37.

Cuno. Lohnzahlung und Gegenrechnung. Das Gewerbegericht. 5. Jahrg.

Dernburg. Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. Halle 1899.

Endemann. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 4. Aufl. Berlin 1898.

Engelmann. Das bürgerliche Recht Deutschlands. 3. Aufl. Berlin 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 12, 21, 41, 44.

Fischer-Henle. Bürgerliches Gesetzbuch. München 1902.

Fröhlich. Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht. Juristische Wochenschrift. Jahrg. 1903.

Fromherz. Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber Gesindelohnforderungen. Deutsche Juristen-Zeitung 1907, S. 1248 ff.

Fuld. Die Aufrechnung gegen Lohnforderungen. **Seufferts** Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 66.

Geib in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd 46.

Geiershöfer. Grenzen des Zurückbehaltungsrechts. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Jahrg. 1906.

Goldschmidt. Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 15.

— Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Erlangen 1868.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 33.

Hahn. Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. 2. Aufl. Bd. II. Berlin 1881.
Hartmann. Aufrechnung und Zurückbehaltung. Inaug.-Diss. Breslau 1907.
Hellwig. Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 64.
Juristische Monatschrift für Posen ꝛc. Jahrg. 1905.
Juristische Wochenschrift. Bd. 10.
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen. Jahrg. 1907.
Kohler. Studien über Mentalreservation und Simulation **Iherings** Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht Bd. 16.
Langheineken. Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.
Lippmann. Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. **Iherings** Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 43.
Lotmar. Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs. Leipzig 1902.
Löwenbach. Lohnaufrechnung oder Lohnzurückbehaltung. Das Recht. Jahrg. 1901.
Luppe. Das Aufrechnungsverbot in der Praxis. Das Gewerbegericht. 8. Jahrg.
Marwitz. Der Bühnenengagementsvertrag. Berlin 1902.
Metzges. Die Aufrechnung gegen Lohnforderungen gewerblicher Arbeiter. Deutsche Juristen-Zeitung. Jahrg. 1902.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II.
Olshausen in **Gruchots** Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 48.
Pappenheim. Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen. Deutsche Juristen-Zeitung. Jahrg. 1902.
Poel. Aufrechnung, Zurückbehaltung, Einbehaltung, Verwirkung bei Lohnforderungen. Inaug.-Diss. Leipzig 1905.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1.
Rechtsprechung der OLG. auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 6.
Rehbein und **Reincke.** Preußisches Landrecht.
Richter. Kompensation und Retention. Inaug.-Dissert. Greifswald 1895.
Roß. Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht. Juristische Wochenschrift. Jahrg. 1902.
Schalhorn. Zur Frage der Sicherung des Arbeitslohnes. Soziale Praxis. 11. Jahrg.
Schenck. Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinen Rechten. Jena 1837.
Schlegelberger. Das Zurückbehaltungsrecht. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reichs. Bd. 12.
Schleswig-Holsteinische Anzeigen für das Jahr 1903. 67. Jahrg.
Schmelzle. Verbot der Aufrechnung bei Lohnforderungen und Zurückbehaltungsrecht. **Seufferts** Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 66.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 57, 58.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 71.

Sigel. Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Stuttgart 1903.

Sintenis. Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. II.

Sinzheimer. Lohn und Aufrechnung. Berlin 1902.

— Das Kammergericht und die Frage nach der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Lohnforderungen. Das Recht. Jahrg. 1903.

— Das Zurückbehaltungsrecht gegen Lohnforderungen. Das Gewerbegericht. 5. Jahrg.

Trautmann. Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Forderungen. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Jahrg. 1903.

Vogel. Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Inaug.-Diss. Leipzig 1904.

Wallroth. Die Versuche einer Durchbrechung des Lohnaufrechnungsverbots. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 24.

Weiske. Rechtslexikon.

Wolff. Darf das Zurückbehaltungsrecht in den Fällen geltend gemacht werden, in denen die Aufrechnung verboten ist? Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 26.

Zeitung der Anwaltskammer im Oberlandesgerichts-Bezirk Naumburg. Jahrg. 1906.

Einleitung.

§ 1.

Geschichtliche Entwickelung des Zurückbehaltungsrechts.

Das römische Retentionsrecht verdankt seine Entstehung nicht dem ius civile, dem es völlig fremd war, sondern dem prätorischen Edikt. Es konnte daher auch nur ope exceptionis geltend gemacht werden und zwar geschah dies nicht durch eine spezielle exceptio, sondern mit Hilfe der exceptio doli generalis, „in welcher der Prätor ein universelles Mittel gefunden hatte, um jeden mit der aequitas nicht harmonierenden, klagend vor ihm verfolgten Anspruch praktisch zu vernichten".[1])

Demnach war das Retentionsrecht nur ein Anwendungsfall der exceptio doli generalis; ein besonderes Rechtsinstitut des Zurückbehaltungsrechts war dem römischen Recht unbekannt. Die Fälle, in denen der Prätor dem Schuldner das Retentionsrecht einräumte, sind daher auch nicht in einem besonderen Titel der Digesten zusammengestellt, sondern finden sich im ganzen corpus iuris zerstreut. Mit Rücksicht hierauf und weil in keiner der Gesetzesstellen die materiellen Grundlagen des ius retentionis erörtert werden, war es äußerst schwierig, aus den verschieden Quellenentscheidungen einen einheitlichen Begriff des Retentionsrechts abzuleiten. Demgemäß gingen auch in der gemeinrechtlichen Doktrin die Ansichten der Juristen über den Charakter desselben sehr auseinander.

---

[1]) Lenz in Weiskes Rechtslexikon, Bd. IX, S. 377.

Anfänglich war man der Meinung, daß ein Retentionsrecht nur an Sachen möglich sei; erst später erkannte man ein solches auch an Leistungen anderer Art an.[2])

Besondere Verdienste um die Entwickelung des Begriffes des Retentionsrechts hat sich Georg Ludwig Boehmer erworben. In seiner Dissertation: De iure retentionis eiusque effectu[3]) stellt er den Grundsatz auf: Ob debita, quorum nullus est cum re retinenda nexus, neque iure civili neque iure Praetorio datum est ius retentionis und hebt damit zum ersten Male das Erfordernis der Konnexität zwischen Anspruch und Gegenanspruch hervor. Eine solche nahm man jedoch anfangs nur in bestimmten Fällen an; erst später ging man dazu über, diese Einzelfälle auf einen einheitlichen Konnexitätsbegriff zurückzuführen, und sah eine Konnexität der Ansprüche dann als vorhanden an, wenn beide sich auf dasselbe Rechtsverhältnis bezogen und stützten.[4])

Als Ergebnis der gemeinrechtlichen Forschungen kann festgestellt werden, daß nach der herrschenden Lehre das Retentionsrecht zwei fällige Ansprüche voraussetzte, die im Verhältnis der Konnexität zu einander standen.[5])

Auf dem gemeinrechtlichen Begriff des Retentionsrechts ist das Zurückbehaltungsrecht des BGB. aufgebaut. Doch ist es im heutigen Recht ebenso wie im Preußischen Landrecht (I, 21 §§ 536 ff) zu einem selbständigen Rechtsinstitut entwickelt worden und hat demgemäß in den §§ 273—274 seine selbständige Regelung erfahren. § 273 räumt dem Schuldner, der aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, das Recht ein, die geschuldete Leistung zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Das BGB. gewährt demnach beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen dem Schuldner

---

2) Goldschmidt a. a. O. S. 970. — Cramer a. a. O. S. 415 ff. —

3) Electa iuris civilis. Tom. II, exercitatio XIII, 1777.

4) Cramer a. a. O. S. 320.

5) Schlegelberger a. a. O. S. 12.

das Zurückbehaltungsrecht ohne Rücksicht auf die Art der von ihm zu bewirkenden Leistung; es sieht also von einer Beschränkung desselben auf den Fall, daß der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe einer Sache gerichtet ist, im Gegensatz zu der ursprünglichen Lehre des gemeinen Rechts und dem Standpunkt des Preußischen Landrechts ab. Gleichwohl war die Kommission bei der Beratung des ersten Entwurfs der Ansicht, daß „das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes wegen Verwendungen oder wegen eines durch den letzteren zugefügten Schadens als ein besonders häufiger und wichtiger Anwendungsfall ausdrückliche Erwähnung verdiene,"[6]) und hob deshalb diesen Fall in Absatz II. des § 273 besonders hervor.

Ausgeschlossen ist das Zurückbehaltungsrecht auf Grund des § 273 nur in zwei Fällen: erstens das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. I, „sofern aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt", zweitens das besondere Zurückbehaltungsrecht des Abs. II, wenn der Schuldner „den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat."

Andere Fälle, in denen das Zurückbehaltungsrecht generell ausgeschlossen ist, sind dem BGB. nicht bekannt.[7])

Gegenstand einer Streitfrage ist es nun geworden, ob das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen ausgeübt werden kann.

---

6) Prot. I, S. 311.

7) In den Fällen der §§ 175 (Vollmachtsurkunde) und 556 Abs. II (Grundstücksmiete) handelt es sich nicht um eine generelle Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts, sondern lediglich um eine Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts für die speziellen, in Frage stehenden Rechtsverhältnisse. Darauf weist auch schon die Tatsache hin, daß der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts in diesen Fällen nicht bei der gesetzlichen Regelung des Zurückbehaltungsrechts, sondern bei der Regelung der betreffenden Rechtsverhältnisse erfolgt ist.

Hauptteil.

§ 2.

Inhalt und Bedeutung der Streitfrage.

Durch eine Reihe gesetzlicher Bestimmungen[8]) sind gewisse Arten von Forderungen der Pfändung entzogen. Die wichtigsten dieser Forderungen sind die im § 850 CPO. benannten; es sind dies vor allem folgende:

1. der Arbeits- und Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869;
2. die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen;
3. die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des notdürftigen Unterhalts für sich, seinen Ehegatten und seiner noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf;
4. die aus Kranken-, Hilfs- und Sterbekassen zu beziehenden Hebungen;
5. das Diensteinkommen der Militärpersonen, Beamten, Geistlichen und Lehrer an öffentlichen Anstalten:
6. die Pensionen der Witwen und Waisen.

Es handelt sich hierbei im allgemeinen um Forderungen, die dazu bestimmt sind, dem Berechtigten und seiner Familie den nötigen Lebensunterhalt zu sichern. Würde das Gesetz

---

[8]) Vgl. die Zitate bei Fischer-Henle in Anm. I zu § 394.

den Gläubigern des Berechtigten die Verwendung dieser Forderungen zu ihrer eigenen Befriedigung gestatten, so wäre damit die Möglichkeit gegeben, daß dem Schuldner die zur Bestreitung des Unterhalts nötigen Mittel entzogen würden, sodaß er mit den Seinen in die drückendste Lage geraten und schließlich der öffentlichen Armenpflege zur Last fallen würde. Der Gesetzgeber hielt es daher im Interesse des Schuldners und des Gemeinwohls für erforderlich, dem Schuldner die notwendigen Einnahmequellen zu sichern und die genannten Forderungen durch ein Pfändungsverbot vor dem Zugriff der Gläubiger zu schützen.

Für die Befreiung des Diensteinkommens der Beamten und der diesen im § 850, Ziffer 8 CPO. gleichgestellten Personen von der Möglichkeit einer Pfändung war außerdem die Erwägung maßgebend, daß der Beamte im Interesse des Staates nicht durch Entziehung der pekuniären Möglichkeit in der Ausübung seines Amtes behindert werden darf.

Dieselben Gründe, die den Erlaß des Pfändungsverbots notwendig gemacht hatten, erforderten auch die Ausschließung der Aufrechnung. „Denn es wäre," wie die Motive treffend bemerken,[9]) „an sich schon eine Inkonsequenz, wenn, obschon das Gesetz eine Forderung der Exekution entzieht, dem Schuldner gestattet wäre, gegen eine solche Forderung eine Gegenforderung zur Aufrechnung zu bringen und auf diese Weise, ähnlich wie im Wege der Exekution, den Gläubiger zu zwingen, sich in die Nichtbefriedigung zu fügen;" denn die Aufrechnung stellt sich gewissermaßen als eine durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift zugelassene Selbstexekution dar.

Gegenstand einer Streitfrage aber ist es, wie bereits erwähnt, ob gegenüber den der Pfändung entzogenen Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann. Es handelt sich hierbei um eine in Theorie und Praxis in gleicher Weise umstrittene Frage. Die Ansichten der Juristen, die sich mit

---

[9]) Mot. Bd. II, S. 113.

dieser Frage beschäftigt haben, zerfallen im wesentlichen nur in die zwei Hauptgruppen, von denen die eine für die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts eintritt, die andere die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts befürwortet.

Unter den Theoretikern, welche sich mit dieser Kontroverse befaßt haben, haben beide Ansichten eine große Zahl von Anhängern gefunden;[10]) man kann daher nicht sagen, daß sich eine von ihnen bereits zu der herrschenden Ansicht entwickelt hätte.

Von den Gerichten haben vor allem die Gewerbegerichte Gelegenheit gehabt, dieser Frage näher zu treten, und diese haben die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts wohl vor allem aus sozialpolitischen Rücksichten fast durchweg verneint.[11])

Von den ordentlichen Gerichten hat sich bisher das RG. nur in einer Entscheidung, nämlich in seinem Urteil vom 17. Febr. 1903,[12]) mit dieser Frage beschäftigt und in dieser, allerdings ohne jede nähere Begründung, die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts anerkannt. Dagegen haben sich eine Anzahl von OLG. mit dieser Streitfrage beschäftigt und haben dieselbe, von streng juristischen Erwägungen ausgehend, zumeist

[10]) Für Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts treten ein: Dernburg a. a. O. § 59 II; Pappenheim a. a. O. S. 86 ff.; Burchardt a. a. O. S. 263 ff.; Roß a. a. O. S. 602 ff.; Marwitz a. a. O. S. 156; Langheineken a. a. O. S. 329; Schlegelberger a. a. O. S. 138 ff.; Schmelzle a. a. O. S. 305 ff. Für Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts treten ein: Baum a. a. O. S. 45 ff.; Lippmann a. a. O. S. 541 ff.; Boeckh a. a. O. Sp. 83; Boethke a. a. O. S. 408; Wolff a. a. O. S. 315 ff.; Fuld a. a. O. S. 104 ff.; Wallroth a. a. O. S. 267; Lotmar a. a. O. S. 430; Sigel a. a. O. S. 114; Fröhlich a. a. O. S. 118 ff.; Sinzheimer: Lohn und Aufrechnung S. 84, der an dieser Stelle seine im GG. V. Sp. 157 ff vertretene Ansicht aufgibt. Eine Mittelmeinung vertritt Barkow a. a. O. S. 73 ff.

[11]) GG. Stuttgart in seinem Urteil vom 2. 2. 1900, abgedruckt im GG. V, Sp. 124 ff.; sowie GG. Frankfurt a. M. in konstanter Praxis, vgl. GG. VIII, Sp. 113 ff. Gegen die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts spricht sich das GG. Rostock in seinem Urteil vom 31. 1. 1901, abgedruckt im GG. VI, Sp. 116 ff. aus.

[12]) Abgedruckt in Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. XXI, S. 4 ff.

in bejahendem Sinne entschieden.[13]) Eine herrschende Ansicht aber hat sich, wie man wohl behaupten darf, bis auf den heutigen Tag weder in Theorie noch in Praxis gebildet, eine Tatsache, die um so bedauerlicher ist, als es sich bei dieser Streitfrage nicht um eine rein theoretische Prinzipienfrage handelt, die für das praktische Leben gegenstandslos ist, sondern vielmehr um die Entscheidung einer Kontroverse, die für das wirtschaftliche Leben, insbesondere für das gewerbliche Leben, von der größten Bedeutung ist.

Dies zeigt sich vor allem auf dem Gebiete des Arbeits- und Dienstvertrages. Die durch einen solchen Vertrag begründeten Lohnforderungen sind, wie bereits hervorgehoben, der Pfändung entzogen. Nicht selten aber werden dem Arbeitgeber gegen den Arbeiter fällige auf dem Dienstverhältnis beruhende Gegenforderungen, zumeist Ersatzansprüche wegen Vertragsbruchs oder wegen einer durch den Arbeiter vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Sachbeschädigung, zustehen. Diese Ansprüche kann der Arbeitsherr nach § 394 BGB. gegen die Lohnforderung nicht zur Aufrechnung bringen. Versagt man ihm nun in diesen Fällen auch das Zurückbehaltungsrecht, so zwingt man ihn damit, seinen Anspruch im Wege der Widerklage oder durch eine selbständige Klage geltend zu machen.

---

[13]) Für die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts haben sich ausgesprochen: Das Kammergericht in seinem Urteil vom 14. 3. 1903 s. Rechtspr. des OLG. Bd. VI, S. 423 ff.; OLG. Kiel in seinem Urteil vom 27. 10. 1902 s. Rechtspr. des OLG. Bd. VI, S. 225 ff.; OLG. Köln in seinem Urteil vom 31. 10. 1902 s. Seufferts Archiv Bd. 58 S. 217 ff.; OLG. Naumburg in seinem Urteil vom 9. 3. 1906 s. Ztg. d. Anwaltskammer Naumburg Jahrg. 1906 S. 38 ff.; OLG. Rostock in seinem Urteil vom 21. 11. 1901 s. Dtsch. Jur.-Ztg. Jahrg. 1902, S. 488; OLG. Colmar s. Els.-Lothr. J.-Z Jahrg. 1907 S. 298. Gegen die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts hat sich ausgesprochen: OLG. Nürnberg in seinem Urteil vom 22. 6. 1906 s. Seufferts Bl. f. Rechtsanw. Bd. 71 S. 584 ff.; einen vermittelnden Standpunkt nehmen ein: OLG. Hamburg in seinem Urteil vom 12. 10. 1901 s. Seufferts Archiv Bl. 57, S. 92 ff.; OLG. Stettin in seinem Urteil vom 10. 1. 1905 s. Jur.-Monatsschr. f. Posen Jahrg. 1905 S. 43 ff.

Diese Klage aber wird, da der Kreis der unpfändbaren beweglichen Sachen durch die Vorschriften der CPO. bedeutend erweitert worden ist und der Arbeiter außer diesen in der Regel kein Vermögen besitzt, in den meisten Fällen ergebnislos sein. Nimmt man daher dem Arbeitgeber das Zurückbehaltungsrecht, so wird dies für ihn in der Regel den Verlust seines Anspruchs bedeuten.

Läßt man andererseits das Zurückbehaltungsrecht in den fraglichen Fällen zu, so ist der Arbeitsherr wegen seiner Forderung zwar gesichert, der Arbeiter aber erhält dann nicht seinen fälligen Lohn. Da dieser aber die Grundlage seiner Existenz bildet, so hat die Vorenthaltung desselben, selbst wenn sie nur eine zeitweilige ist, für ihn und seine Familie das bitterste Elend im Gefolge.

Wir sehen also, daß es sich bei der Beantwortung der vorliegenden Streitfrage um die Entscheidung einer schon aus sozialpolitischen Gründen für das wirtschaftliche Leben höchst bedeutsamen Frage handelt.

§ 3.

Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen im allgemeinen.

Da es an einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift, durch welche die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen untersagt wird, fehlt, so bedarf die Ansicht, daß das Zurückbehaltungsrecht in diesem Falle ausgeschlossen sei, einer selbständigen Begründung. Diese hat man auf zweifache Weise versucht.

Einmal hat man nämlich die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen darauf gestützt, daß in solchen Fällen nicht die Vorbedingungen erfüllt seien, von deren Vorhandensein das Gesetz die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts abhängig macht, und dann handelt es sich um eine Auslegung des § 273 BGB.

Dann aber hat man die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts auch damit begründet, daß Zurückbehaltung und Aufrechnung zwei sehr nahe verwandte Rechtsinstitute seien und daß daher dieselben Gründe, die zu dem Verbot der Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen geführt hätten, auch den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen notwendig machten. In diesem Falle handelt es sich um eine analoge Anwendung des § 394 BGB. auf das Zurückbehaltungsrecht.

Aus den Worten des § 273 selbst kann zur Begründung der Ansicht, daß das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen nicht geltend gemacht werden könne, nur der Zwischensatz: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergiebt" herangezogen werden.[14] Es entsteht nun, wie Pappenheim treffend bemerkt,[15] die Frage, ob die Unpfändbarkeit einer Forderung dem Schuldverhältnisse einen die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts bewirkenden Charakter verleiht. Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir zunächst die Bedeutung des fraglichen Zwischensatzes ergründen und zu diesem Zweck auf die Entstehung desselben zurückgehen.

Im ersten Entwurf zum BGB. war das Zurückbehaltungsrecht in den §§ 233—234 geregelt, und zwar lautete § 234:

„Auf das dem Schuldner nach dem § 233 zustehende Zurückbehaltungsrecht finden die Vorschriften der §§ 364, 365 entsprechende Anwendung."

Der hier in Bezug genommene § 364 lautete:

„Wer aus einem gegenseitigen Vertrage auf die ihm obliegende Leistung in Anspruch genommen wird, bevor er die Gegenleistung empfangen hat, kann, sofern er nicht zur Vor-

---

[14]) Vgl. Pappenheim a. a. O. S. 86 ff.; OLG. Köln in Seufferts Arch., Bd. 58, S. 217 f.; OLG. Naumburg in Ztg. d. Anwaltskammer Naumburg, Jahrg. 1906, S. 38 ff.; OLG. Stettin in Jur. Monatschr. f. Posen, Jahrg. 1905, S. 43 f.

[15]) a. a. O. S. 86.

leistung verpflichtet ist, die geforderte Leistung so lange verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird."

Während also § 233 dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen grundsätzlich zusprach, enthielt § 234 eine Einschränkung der Regel durch Verweisung auf den § 364; und zwar sollte dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht für den Fall nicht zustehen, daß er zur Vorleistung verpflichtet war.

Bei der Beschlußfassung der Kommission zweiter Lesung, welche die Bestimmungen der §§ 233, 234 in einen Paragraphen zusammenfaßte, „erachtete man es im Interesse der Deutlichkeit für wünschenswert, die im § 234 des Entwurfs durch Verweisung auf den § 364 bezweckte Einschränkung der Regel (Mot. S. 43) durch den Zwischensatz: „„sofern nicht der Inhalt des Schuldverhältnisses ein Anderes ergiebt"" zum Ausdrucke zu bringen",[16]) und fügte diesen Zwischensatz in den § 233 ein. Mit Rücksicht hierauf hielt man dann auch bei der Beratung des § 234 dessen Verweisung auf den § 364 als „durch den in den § 233 aufgenommenen Zwischensatz für erledigt".[17]) Später erhielt dann dieser Zwischensatz aus lediglich redaktionellen Rücksichten seine jetzige Fassung. Nach dieser Entwickelung ist der Zwischensatz des jetzigen § 273 dahin zu verstehen: daß dem Schuldner beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das Zurückbehaltungsrecht zustehen soll, sofern er nicht zur Vorleistung verpflichtet ist.

Legt man diese Bedeutung der Worte zugrunde, so ist das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen auf Grund des § 273 dann ausgeschlossen, wenn durch das Pfändungsverbot gleichzeitig eine Vorleistungspflicht des Schuldners begründet ist. Dies ist aber nicht anzunehmen; denn das Pfändungsverbot will den Eigentümer der Forderung nur vor dem Zugriff seiner Gläubiger auf diese Forderung

16) Prot. I, S. 312.

17) Prot. I, S. 313.

schützen; ihm aber außerdem noch eine Vorzugsstellung gegenüber seinem Schuldner zuteil werden zu lassen, liegt nicht in der Absicht des Pfändungsverbots; insbesondere ist nicht einzusehen, wie gerade durch eine solche Sicherstellung der Forderung gegen den Zugriff Dritter eine Vorleistungspflicht des Schuldners begründet werden soll. Sind doch auch die Gründe, welche den Erlaß des Pfändungsverbots notwendig gemacht haben, völlig verschieden von denjenigen, die zur Begründung einer gesetzlichen Vorleistungspflicht, wie dies im § 551 BGB. hinsichtlich des Vermieters, im § 614 BGB. hinsichtlich des Dienstverpflichteten und in beschränktem Maße im § 641 BGB. hinsichtlich des Unternehmers geschehen ist, geführt haben. Denn während die vom Gesetz aufgestellten Pfändungsbeschränkungen, wie bereits hervorgehoben, teils aus billiger Rücksichtnahme gegen den Schuldner, teils im öffentlichen Interesse[18]) erlassen worden sind, hat das Gesetz eine Vorleistungspflicht nur in den Fällen begründet, in denen die Vorleistung des einen Vertragsteils im Verkehrsleben bereits allgemein üblich war und die Begründung einer gesetzlichen Verpflichtung zur Vorleistung daher durch die Verkehrsanschauungen, die auch bereits in den bestehenden Landesgesetzen ihre Anerkennung gefunden hatten[19]), gerechtfertigt war.

Bei der allgemeinen Fassung indessen, die der fragliche Zwischensatz des § 273 schließlich erhalten hat, wird man abgesehen von dem Fall, daß der Schuldner zur Vorleistung verpflichtet ist, das Zurückbehaltungsrecht auch dann für ausgeschlossen halten müssen, wenn sich aus dem Wesen des Schuldverhältnisses ein anderes ergibt.[20]) Es tritt uns also die Frage entgegen, ob im Falle der Unpfändbarkeit einer Forderung die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts dieser Forderung gegenüber dem Wesen des der Forderung zugrunde liegenden Schuldverhältnisses widerspricht. Daß dies jedoch nicht der Fall ist,

---

[18]) a) Mot. z. ZPO. bei Hahn, Mat. Bd. II, 1, S. 460.

[19]) b) Mot. Bd. II, S. 398, 461 und 492.

[20]) OLG. Köln in Seufferts Arch., Bd. 58, S. 218.

zeigt deutlich das Gesetz selbst;[21]) denn der § 119a Gew.-O. bestimmt, daß Lohneinbehaltungen, welche von Gewerbeunternehmern zur Sicherung des Ersatzes eines ihnen aus der widerrechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erwachsenen Schadens oder einer für diesen Fall verabredeten Strafe ausbedungen werden, ein bestimmtes Maß nicht übersteigen dürfen, und gestattet demnach ausdrücklich die Einbehaltung des Lohnes wegen gewisser Gegenforderungen und innerhalb gewisser Grenzen auch insoweit, als derselbe der Pfändung nicht unterworfen ist. Eine solche Bestimmung aber wäre undenkbar, wenn der Gesetzgeber der Ansicht gewesen wäre, daß die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen schlechthin dem Wesen des diesen Forderungen zugrunde liegenden Schuldverhältnisses widerspreche.[22])

Da sonach die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen in dem fraglichen Zwischensatz des § 273 keine Stütze findet, so kann, da diese Worte, wie oben erwähnt, die einzigen des § 273 sind, aus denen die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen gefolgert werden könnte, ein Verbot des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen im Wege der Auslegung des § 273 nicht begründet werden.

Es bleibt demnach nur noch der zweite Weg, ein solches Verbot durch analoge Anwendung des die Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen ausschließenden § 394 zu konstruieren,

---

[21]) Vgl. Barkow a. a. O., S. 73 ff.; Fuld a. a. O., S. 79; besonders KG. in Rechtspr. d. OLG., Bd. VI, S. 424.

[22]) Allerdings handelt es sich in der angeführten gesetzlichen Bestimmung nicht um Zurückbehaltung, sondern um Einbehaltung. Obwohl diese beiden Rechtsinstitute in ihrer juristischen Konstruktion einige Abweichungen aufweisen, so sind sie ihrem Wesen und vor allem ihrer Zweckbestimmung nach doch so nahe verwandt, daß, wenn der Gesetzgeber der Ansicht gewesen wäre, daß die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen dem Wesen des der Forderung zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses widerspreche, er dann diesen Forderungen gegenüber auch nicht die Einhaltung, selbst nicht die vertragsmäßige hätte zulassen dürfen. (Poel a. a. O., S. 59.)

übrig. Hierbei handelt es sich um die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes auf einen ihm nicht unmittelbar unterworfenen Fall, mit anderen Worten um einen Fall der Gesetzesanologie. „Eine solche setzt," wie das RG. in seiner Entscheidung vom 9. 10. 1888 ausspricht,[23]) „die wesentliche Gleichheit des vom Gesetz entschiedenen Falles mit dem voraus, auf den dasselbe zur analogen Anwendung kommen soll." Es ist also die Zulässigkeit der Gesetzesanalogie stets durch eine wesentliche Gleichheit der beiden in Frage kommenden Fälle bedingt, und es entsteht daher die Frage, ob eine solche wesentliche Gleichheit zwischen den beiden hier in Betracht kommenden Rechtsbegriffen, der Aufrechnung, für die der § 394 unmittelbar gegeben ist, und dem Zurückbehaltungsrecht, auf das er zur Anwendung kommen soll, gegeben ist. Diese Frage aber ist meines Erachtens zu verneinen; denn eine Gegenüberstellung dieser beiden Rechtsinstitute wird uns bald zeigen, daß sich in ihrer juristischen Konstruktion erhebliche Abweichungen finden, sodaß von einer „wesentlichen Gleichheit" beider keine Rede sein kann.[24])

Einige ältere Rechtslehrer haben allerdings vielfach die Kompensation und die Retention für ein und dasselbe Rechtsinstitut gehalten, und auf diese Auffassung gründet sich auch die damals in der Doktrin vertretene Ansicht, daß die Kompensation eine perpetua, die Retention eine temporalis compensatio sei. Bei einer solchen Auffassung war es denn auch kein Wunder, daß man die Grundsätze des einen Rechtsinstituts auf das andere übertrug. Ohne nun zu verkennen, daß Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht allerdings verschiedene Berührungspunkte haben, die ein Entstehen jener Anschauung erklärlich machen, muß man doch daran festhalten, daß man es hier mit zwei ihrer Natur nach völlig verschiedenartigen Rechtsgebilden zu tun hat, zwischen denen, wie sich Goldschmidt aus-

---

[23]) Bd. XXI, S. 186.

[24]) Pappenheim a. a. O., S. 89; Schlegelberger a. a. O., S. 136 ff.; Schmelzle a. a. O., S. 305, 308; Roß a. a. O., S. 602 ff.; OLG. Köln in Seufferts Arch., Bd. 58, S. 218.

drückt,[25]) ein „intrikater, höchst gefährlicher Unterschied" besteht. Diese Verschiedenartigkeit aber zeigt sich zunächst in den Voraussetzungen. Denn während die Aufrechnung Gegenseitigkeit, Fälligkeit und Gleichartigkeit der Forderungen verlangt, setzt die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts Gegenseitigkeit, Fälligkeit und rechtlichen Zusammenhang der Forderungen voraus, sodaß das Anwendungsgebiet beider ein verschiedenes ist. Der Hauptunterschied aber liegt in ihren Wirkungen. Denn die Aufrechnung bewirkt, daß die einander gegenübertretenden Forderungen, soweit sie sich decken, mit rückwirkender Kraft erlöschen (§ 389 BGB.) und infolgedessen keinerlei Veränderungen mehr erfahren können. Sie tilgt, wie Pappenheim sich ausdrückt[26]), die Forderung, mit welcher aufgerechnet wird, im Wege der Selbsthilfe des Schuldners und die Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, im Wege einer dem Gläubiger aufgezwungenen Befriedigung; sie ist, wie Roß meint,[27]) ihrem eigentlichen Zwecke nach nichts anderes als ein vereinfachtes Zahlungsmittel. Das Zurückbehaltungsrecht dagegen läßt die einander gegenüberstehenden Forderungen in ihrem Bestande unberührt, sodaß jede von ihnen auch nach Ausübung des Zurückbehaltungsrechts noch Veränderungen erfahren kann. Das Zurückbehaltungsrecht ist für den Schuldner lediglich ein Schutzmittel zur Sicherung seiner Gegenforderung.[28])

---

[25]) a. a. O., S. 169.

[26]) a. a. O., S. 89.

[27]) a. a. O., S. 603.

[28]) Diese Ansicht ist allerdings nicht unbestritten; denn manche sehen das Zurückbehaltungsrecht auch als Zwangsmittel an. Ich kann jedoch diese Auffassung nicht billigen; denn meiner Meinung nach steht derselben vor allem die Bestimmung des § 273 Abs. 3 entgegen, die dem Gläubiger das Recht einräumt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Realsicherheitsleistung abzuwenden. Wäre das Zurückbehaltungsrecht vom Gesetz als Zwangsmittel gedacht, so wäre diese Bestimmung, wie Schlegelberger — a. a. O., S. 103 — treffend hervorhebt, „eine Inkonsequenz." Denn in diesem Falle wäre das Zurückbehaltungsrecht dazu bestimmt, auf den Gläubiger einen Druck dahin auszuüben, daß dieser seinerseits

Dieser tiefgehende Unterschied in den Wirkungen findet seinen treffenden Ausdruck in den kurzen Worten: „Aufrechnung tilgt, Zurückbehaltung sichert." Die Verschiedenartigkeit der beiden hier in Frage kommenden Rechtsgebilde hat auch das RG. anerkannt und dieser seiner Ansicht in der Entscheidung vom 11. Dezember 1902[29]) mit folgenden Worten Ausdruck gegeben: „Wer aufrechnet, will auf Kosten eines eigenen Anspruchs nicht leisten, will also überhaupt nicht leisten; wer zurückbehält, will leisten, aber nur dann, wenn auch der Gegner leistet, er will also zur Zeit nicht leisten. Daraus ergibt sich, daß das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Recht zur Aufrechnung nicht das mindere, sondern überhaupt ein ganz anderes Recht ist."

Wir sehen also, daß wir es hier mit zwei ihrer Natur nach wesentlich verschiedenen Rechtsinstituten zu tun haben, eine Tatsache, die auch verschiedentlich in der Gesetzgebung ihre Bestätigung findet; denn entsprechend ihrer Verschiedenartigkeit haben diese beiden Rechtsinstitute auch eine verschiedene Regelung erfahren, was besonders im Konkursrecht zum Ausdruck kommt.

Schon diese Verschiedenartigkeit der beiden Rechtsinstitute also dürfte mit Rücksicht auf die vom RG. als Voraussetzung für die Gesetzesanalogie geforderte wesentliche Gleichheit der beiden in Frage kommenden Fälle eine analoge Anwendung der für eines der beiden Rechtsinstitute gegebenen Gesetzesvorschriften auf das andere unzulässig und mithin auch die Uebertragung des Aufrechnungsverbots des § 394 auf das

---

leistet. Der Gläubiger aber wäre in der Lage, sich, ohne die Gegenleistung zu bewirken, durch Sicherheitsleistung von diesem Druck zu befreien und damit das Zwangsmittel illusorisch zu machen. Auch scheint mir gerade der Umstand, daß dem Gläubiger das Recht eingeräumt wird, durch Sicherheitsleistung die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts abzuwenden, darauf hinzuweisen, daß das Zurückbehaltungsrecht nach dem Willen des Gesetzgebers dem Schuldner lediglich zur Sicherung seiner Gegenforderung dienen soll. Vgl. außer Schlegelberger: Goldschmidt a. a. O., S. 169; Lippmann a. a. O., S. 538 ff; Geiershöfer a. a. O., S. 353.

[29]) Abgedr. in Jur. Wochenschr., Jahrg. 1903, Beilage 2, S. 16.

Zurückbehaltungsrecht im Wege der Gesetzesanalogie ausgeschlossen erscheinen lassen.

Gegen eine Erweiterung des Aufrechnungsverbots zu einem Verbot des Zurückbehaltungsrechts aber sprechen außerdem noch folgende Erwägungen.

Bevor die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen durch § 394 ausdrücklich untersagt war — also vor dem Inkrafttreten des BGB. — bildete die Frage ihrer Zulässigkeit längere Zeit den Gegenstand einer Kontroverse.[30] Schließlich sprach sich das RG., nachdem es schon in seinem Urteil vom 2. 10. 1886[31] denselben Standpunkt eingenommen hatte, in seiner Entscheidung vom 14. 3. 1898[32] mit den Worten: „Die Kompensationsbefugnis des Schuldners wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß die von ihm geschuldete Forderung einem Pfändungsverbote unterliegt" unzweideutig für die Zulässigkeit der Aufrechnung aus und stellte damit ihre Statthaftigkeit für die Praxis außer Zweifel. Der erste Entwurf eines BGB. schloß die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen aus und zwar faßte der dieses Verbot enthaltende § 288 zunächst nur die im § 749 CPO. als unpfändbar bezeichneten Forderungen ins Auge. Bei der zweiten Lesung dehnte man dann das im § 288 enthaltene Aufrechnungsverbot auf alle unpfändbaren Forderungen aus, „um bei denjenigen unpfändbaren Forderungen, die in der CPO. § 749 nicht genannt sind, besondere Vorschriften, welche die Aufrechnung ausschließen, entbehrlich zu machen."[33]

Die Motive[34]) halten die Aufnahme dieser Bestimmungen über dies Verbot der Aufrechnung gegenüber unpfändbaren

---

30) Vgl. Pappenheim a. a. O., S. 89 ff.; Schmelzle a. a. O. S. 306; OLG. Köln in Seuff. Arch., Bd. 58, S. 219; OLG. Stettin in Jur. Monatschrift f. Posen, Jahrg. 1905, S. 43 ff.

31) abgedruckt in Gruchots Beiträgen zur Erl. des deutsch. Rechts, Bd. 33, S. 1067.

32) Bd. XXXXI, S. 53.

33) Prot. I, S. 375.

34) II, S. 113.

Forderungen nicht als die nur ausdrückliche Statuierung eines auch ohnedies anzunehmenden Rechtssatzes, sondern als eine allerdings in Konsequenz der Pfändungsausschließung gebotene, aber doch nicht mit ihr gegebene Vorschrift.

Wir sehen also aus alledem, daß man vor Erlaß eines ausdrücklichen Aufrechnungsverbots die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen trotz Bestehens des Pfändungsverbots für zulässig erachtete und eine analoge Anwendung des Pfändungsverbots auf die Aufrechnung nicht für zwingend, ja nicht einmal für statthaft hielt. Umsoweniger wird man daher, da die Aufrechnung nach ihrem Charakter und ihrer Wirkung der Pfändung näher steht als ihr selbst das Zurückbehaltungsrecht und mithin der Schritt vom Ausschlusse der Pfändung bis zum Ausschlusse der Kompensation ein kleinerer war als der vom Ausschlusse der Kompensation zum Ausschlusse des Zurückbehaltungsrechts, ein mit Rücksicht auf die Unpfändbarkeit einer Forderung ausgesprochenes Verbot der Aufrechnung im Wege der Analogie zu einem Verbote des Zurückbehaltungsrechts erweitern dürfen.[35])

Gegen eine analoge Anwendung des § 394 auf das Zurückbehaltungsrecht wendet sich auch das KG. in seiner Entscheidung vom 14. März 1903.[36]) Es kommt in derselben auf die verschiedenartigen Wirkungen der beiden in Frage stehenden Rechtsinstitute zu sprechen und fährt dann fort: „Da das Zurückbehaltungsrecht — im Gegensatz zur Aufrechnung — die Forderung des Gläubigers bestehen läßt und dem Schuldner nur das Recht gibt, ihre Tilgung bis zur Befriedigung wegen der eigenen Forderung zu verweigern, so erscheint es im Verhältnis zur Aufrechnung als das mindere, und das Verbot des letzteren umfaßt nicht das des ersteren.“

Man darf sich wohl dieser Ansicht ohne Bedenken anschließen;[37]) denn es ist in der Tat nicht einzusehen, warum

---

[35]) Ähnlich: Pappenheim a. a. O., S. 90.

[36]) In Rechtspr. d. OLG., Bd. VI, S. 424.

[37]) Vgl. Fuld a. a. O. S. 104; Roß a. a. O., S. 602.

es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben soll, die Aufrechnung mit ihrer stärkeren Wirkung auszuschließen, das Zurückbehaltungsrecht mit seiner schwächeren Wirkung dagegen bestehen zu lassen.

Schließlich[38]) spricht auch noch der Umstand, daß wir es in § 394 mit einer Ausnahmevorschrift zu tun haben und solche privilegia regelmäßig eine Ausdehnung nicht zulassen, gegen die Statthaftigkeit einer analogen Anwendung dieser Bestimmung auf das Zurückbehaltungsrecht.[39])

---

[38]) Roß a. a. O. S. 602 ff.

[39]) Außer durch die angeführten Gründe suchen einige die Unmöglichkeit einer analogen Anwendung des § 394 auf das Zurückbehaltungsrecht noch durch Heranziehung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu begründen. Sie deduzieren etwa folgendermaßen: „Zwischen dem Zurückbehaltungsrecht als dem gesetzlichen Retentionsrecht aus § 273 und der Einrede des nicht erfüllten Vertrags als dem sogenannten vertragsmäßigen Retentionsrecht aus den §§ 320—322 BGB. besteht eine sehr nahe Verwandtschaft; denn der Unterschied zwischen beiden besteht im wesentlichen darin, daß das vertragsmäßige Retentionsrecht ein und dasselbe Schuldverhältnis voraussetzt, während sich das gesetzliche Retentionsrecht mit der Konnexität der Forderungen begnügt. Wendet man daher das Verbot des § 394 auf das Zurückbehaltungsrecht an, so wird man es in gleicher Weise auch auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auszudehnen haben. Geschieht dies aber, so wird, da dem Schuldner der unpfändbaren Leistung in diesem Falle nicht mehr das Recht zusteht, seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, die synallagmatische Natur dieses gegenseitigen Vertrages in ihrer funktionellen Funktion erschüttert und infolgedessen seine Natur eine andere als die der übrigen gegenseitigen Verträge. Da aber dieses Ergebnis unhaltbar ist, so ist die Anwendung des § 394 auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und mithin auch eine solche auf das Zurückbehaltungsrecht unmöglich."

Ich kann mich indessen dieser Deduktion nicht anschließen; denn dieselbe baut sich auf dem Grundgedanken auf, daß das Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zwei so nahe mit einander verwandte Rechtsinstitute sind, daß die Rechtsnormen, die auf eines der beiden anwendbar sind, auch auf das andere übertragbar sein müssen, geht also von der Voraussetzung aus, daß zwischen beiden Institutionen eine wesentliche Gleichheit besteht. Diese Voraussetzung aber trifft meiner Ansicht nach nicht zu; denn bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages handelt es sich um zwei auf demselben Vertrage beruhende Forderungen, die im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung zu einander stehen, deren eine also das Äquivalent der anderen bildet und die in ihrem Entstehen

Wir sehen also, daß aus den angegebenen Gründen die Übertragung der Vorschrift des § 394 auf das Zurückbehaltungsrecht nicht angängig ist und daß sich daher der Ausschluß desselben gegenüber unpfändbaren Forderungen auch im Wege der Gesetzesanalogie nicht begründen läßt.

Da sich sonach ein Verbot des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen weder im Wege der Auslegung des § 273 noch im Wege der analogen Anwendung des § 394 konstruieren läßt, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß das Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich auch gegenüber unpfändbaren Forderungen ausgeübt werden darf.[40])

§ 4.

Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen im Falle der Gleichartigkeit der einander gegenüberstehenden Forderungen.

Ein besonders wichtiger und für die Beantwortung der Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen ausgeübt werden darf, schwieriger Fall ist dann gegeben, wenn die beiden sich gegenüberstehenden Forderungen ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, insbesondere wenn es sich auf

---

durch einander bedingt sind; bei dem Zurückbehaltungsrecht dagegen handelt es sich um Fälle, in denen sich zwei, möglicherweise völlig ungleichwertige Ansprüche gegenüberstehen, die in ihrem Entstehen von einander durchaus unabhängig sind. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Zurückbehaltungsrechts ist nur, daß die Ansprüche aus demselben rechtlichen Verhältnisse hervorgegangen sind.

Bei einem solchen Unterschied in der Anwendbarkeit zwischen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und dem Zurückbehaltungsrecht kann von einer wesentlichen Gleichheit der beiden Rechtsgebilde meiner Ansicht nach nicht die Rede sein, und ist daher die auf das Vorhandensein einer solchen aufgebaute Schlußfolgerung der Unzulässigkeit der analogen Anwendung des § 394 auf das Zurückbehaltungsrecht hinfällig. (Vgl. Roß a. a. O. S. 603; vgl. Fröhlich a. a. O. S. 118; vgl. Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, S. 83 ff.)

[40]) Zu demselben Ergebnis kommt OLG. Stettin in seinem Urteil vom 10. I. 1905, s. Jur. Monatschrift f. Posen, Jahrg. 1905, S. 44.

beiden Seiten um Geldforderungen handelt. Es drängt sich uns hier zunächst die Frage auf, ob in einem solchen Falle überhaupt die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts möglich ist oder ob nicht vielmehr in diesem Falle die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts als Aufrechnung anzusehen ist.

Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts und des Preußischen Landrechts war die letztere Auffassung herrschend geworden. Daher schreibt auch Sintenis[41]) in Bezug auf das gemeine Recht, daß, wenn sich Ansprüche gegenüberständen, die an sich zur Kompensation geeignet seien, dann „eine beabsichtigte Retention anstatt der Kompensation unmöglich" sei, und Rehbein und Reincke bemerken in Anknüpfung an die Bestimmung des Preußischen Landrechts in § 397, I. Teil, 21 Tit.: „Der Mieter kann ein solches Zurückbehaltungsrecht nicht auf die Sache selbst, sondern nur auf den Zins des letzten Termins ausüben," daß dieses hier in Frage stehende „Retentionsrecht nichts als Kompensationsrecht" sei. Den gleichen Standpunkt vertritt auch das RG. in seiner Entscheidung vom 27. April 1881[42]), indem es ausdrücklich hervorhebt, daß bei gegenseitigen Geldforderungen „nicht Zurückhaltung, sondern nur Aufrechnung stattfindet."[43])

Seit Inkrafttreten des BGB. wird man dagegen die Möglichkeit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an einer Geldschuld wegen einer Geldforderung bejahen müssen. Denn während es im gemeinen Recht und im ALR. streitig war, ob das Zurückbehaltungsrecht auch an anderen Gegenständen als an Sachen ausgeübt werden könne, und hinsichtlich des ALR. die herrschende Ansicht sogar dahin ging, daß das Zurückbehaltungsrecht nur an Sachen möglich sei, vertritt das BGB., wie eingangs erwähnt, den Standpunkt, „daß dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit

---

[41]) a. a. O. § 91, Anm. 77.

[42]) Jur. Wochenschr., Bd. X, S. 142.

[43]) Vgl. ferner die Entsch. d. RG. vom 30. I. 1884 in Entsch. d. RG. in Civils., Bd. XII, S. 90.

der geschuldeten Leistung zu gewähren sei,"[44]) und räumt ihm daher ganz allgemein das Recht ein, „die geschuldete Leistung" zu verweigern. Mit Rücksicht hierauf wird man zweifellos dem Schuldner das Recht zugestehen müssen, das Zurückbehaltungsrecht auch an Geldschulden auszuüben. Da es ferner auf die Art der Forderung, zu deren Sicherung das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, niemals ankommt und mithin der zu sichernde Anspruch auch eine Geldforderung sein kann, so folgt hieraus, daß unter der Herrschaft des geltenden Rechts die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auch dann zulässig ist, wenn dasselbe an einer Geldschuld wegen einer Geldforderung geltend gemacht wird.[45])

Allerdings ist zuzugeben, daß die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts in diesem Falle, obwohl sie an sich keine Aufrechnung ist, doch regelmäßig zu einer solchen führen wird.[46]) Denn nur in den seltensten Fällen wird nach Ausübung des Zurückbehaltungsrechts noch ein Austausch der Geldmünzen zum Zwecke der Erfüllung der beiderseitigen Forderungen stattfinden, weil kein Teil an der Erfüllung der Leistungen Zug um Zug in diesem Falle ein Interesse hat; vielmehr werden sich regelmäßig beide Parteien, wenn auch nur stillschweigend, für befriedigt erklären und so die beiderseitigen Forderungen durch Aufrechnung zum Erlöschen bringen. Dieser Erfolg aber tritt nicht von Rechts wegen, sondern erst auf Grund eines Willensentschlusses der Beteiligten ein; ob ein solcher Willensentschluß der Parteien im gegebenen Falle vorhanden ist, ist in Rücksicht auf § 133 BGB. zu ermitteln, und es wird daher vor allem im Prozeß Sache des Richters sein, sich durch Ausübung des richterlichen Fragerechts über den Willen der Parteien Gewißheit zu verschaffen. Jedenfalls aber wäre es durchaus verfehlt anzunehmen, daß, da die Auf-

---

44) Prot. I, S. 310 ff.

45) Die entgegengesetzte Ansicht vertritt das AG. Köln in seinem Urteil vom 24. XII. 1900, abgedruckt im G. G. VI, Sp. 123 ff.

46) Vgl. Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, S. 86 ff.; derselbe im G.G., Jahrg. V, Sp. 139 ff.

rechnung wie jede andere Willenserklärung auch stillschweigend erfolgen kann, in der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts beim Gegenüberstehen gleichartiger Forderungen ohne weiteres die Erklärung der Aufrechnung enthalten ist. Dies dürfte schon mit Rücksicht auf die der Aufrechnung im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht innewohnende Kraft der Rückwirkung ausgeschlossen erscheinen.

Fehlt es nun an einem solchen auf Erklärung der Aufrechnung gerichteten Willensentschluß der Beteiligten, so kann von einem Übergange des Zurückbehaltungsrechts in eine Aufrechnung keine Rede sein; vielmehr haben wir es dann lediglich und dauernd mit der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts zu tun, und treten auch nur dessen rechtliche Wirkungen ein.

Gleichwohl ist anzuerkennen, daß auch in diesem Falle die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts, wenn auch nicht rechtlich, so doch in ihrem wirtschaftlichen Erfolge einer Aufrechnung gleichkommt. Denn für den Gläubiger macht es keinen Unterschied, ob der Schuldner erklärt, er rechne die geschuldete Leistung auf die ihm zustehende Forderung auf oder er verweigere die Auszahlung derselben solange, bis er wegen seines Anspruchs befriedigt sei; in dem einen wie in dem anderen Falle gelangt der Gläubiger nicht in den Besitz seines Geldes. Diesem Gedanken gibt Goldschmidt[47]) Ausdruck, wenn er sagt: „Die durch das ausgeübte Zurückbehaltungsrecht gewährte Sicherung konsolidirt sich durch sich selbst in eine gleichzeitig durch Aufrechnung erfolgende Leistung," und dieselbe Auffassung schwebt auch Dernburg[48]) vor, wenn er behauptet, daß beim Gegenüberstehen von Geldforderungen die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts „schließlich in eine Art der Aufrechnung ausläuft."[49])

---

[47]) a. a. O. S. 171.

[48]) a. a. O. § 128 II, 4.

[49]) Vgl. ferner: Boeckh in GG., Jahrg. VI, Sp. 83; Baum a. a. O. S. 45; OLG. Nürnberg in Seufferts Bl. f. Rechtsanw., Bd. 71, S. 585; OLG. Naumburg in Ztg. d. Anwaltsk. Naumburg, Jahrg. 1906, S. 39;

Gewisse Ausnahmefälle, in denen die wirtschaftliche Wirkung von Zurückbehaltung und Aufrechnung auch beim Gegenüberstehen von Geldforderungen nicht die gleiche ist, sind allerdings denkbar. Diese Ausnahmen aber können nicht dazu führen, den Grundsatz, daß in diesem Falle Retention und Kompensation das gleiche wirtschaftliche Ergebnis haben, umzustoßen, sondern sie bestätigen vielmehr die Regel.[50])

Nimmt man aber diesen Grundsatz als feststehend an, so führt das Zurückbehaltungsrecht, wenn man es in Fällen, in denen die Aufrechnung verboten ist, zuläßt, in diesen Fällen zu einer Vereitelung des Aufrechnungsverbots, wofür folgendes Beispiel ein beredtes Zeugnis ablegt.

KG. in Rechtsspr. d. OLG., Bd. VI, S. 424; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, S. 88 ff.; Fröhlich a. a. O. S. 119; Boethke in Egers Eisenbahnrechtl. Entsch., Bd. XXI, S. 408.

50) Streitig ist es, wie der Richter in solchen Fällen die Urteilsformel abzufassen hat. Nach der Ansicht der einen soll der Richter, wie es das LG. Halle in seiner Entscheidung vom 22. XI. 1900 — abgedruckt im GG. VI. Jahrg., Sp. 100 ff. — getan hat, mit Rücksicht auf den der Aufrechnung gleichkommenden wirtschaftlichen Erfolg des Zurückbehaltungsrechts die Forderung um den Betrag der Gegenforderung kürzen beziehungsweise, wenn die Forderungen ihrem Betrage nach gleich sind oder die Gegenforderung die klägerische Forderung übersteigt, die Klage abweisen; nach der Ansicht der anderen soll der Richter auch in diesen Fällen es nach Maßgabe der des § 274 BGB. bei einer Verurteilung auf Leistung Zug um Zug bewenden lassen, sodaß für den in wirtschaftlicher Hinsicht erfolgenden Uebergang des Zurückbehaltungsrechts in eine Aufrechnung erst im Stadium der Zwangsvollstreckung Raum bleibt.

Meiner Meinung nach ist die letztere Ansicht richtig; denn einerseits darf der Richter, da es sich in diesen Fällen nicht um eine Aufrechnung im Rechtssinne handelt, auch nicht die Folgen einer solchen im Urteil aussprechen, sondern nur die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts zum Ausdruck bringen; andererseits widerspricht eine der an erster Stelle angeführten Ansicht entsprechende Abfassung der Urteilsformel dem im § 308 CPO. ausgesprochenen Rechtsgrundsatz: **ne eat index ultra petita partium.** (Vgl. Pappenheim a. a. O. S. 90; Schlegelberger a. a. O. S. 137 ff.; Fröhlich a. a. O. S. 119. OLG. Köln in Seufferts Arch., Bd. 58, S. 219. OLG. Stettin in Jurist. Monatsschr. f. Posen, Jahrg. 1905, S. 45.)

Auf Grund des § 12 GBO. und des Art. 8 des Preuß. Ausf.-Ges. zur GBO. steht dem Fiskus gegen den Grundbuchrichter wegen eines von diesem begangenen groben Versehens nach Befriedigung des Verletzten ein Regreßanspruch zu. Diesen Anspruch kann der Fiskus gegen die Gehaltsforderung des Beamten zur Aufrechnung stellen; er darf aber gemäß § 850 CPO. nur den dritten Teil des Betrages zur Aufrechnung benutzen, um welchen das jährliche Gehalt des Beamten die Summe von 1500 Mk. übersteigt; der Rest muß dem Beamten, da für das Gebiet des Königreichs Preußen landesgesetzliche Vorschriften, welche die Aufrechnung gegen die im Art. 81 EG. z. BGB. bezeichneten Ansprüche abweichend von der Vorschrift des § 394 BGB. zulassen, nicht bestehen und der Fiskus mithin an die Bestimmung des § 394 gebunden ist[51]), ausgezahlt werden, damit ihm die notwendigen Existenzmittel nicht entzogen werden. Würde man nun in diesem Falle die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auch innerhalb der Grenzen des Aufrechnungsverbots gestatten, so könnte der Fiskus das gesamte Gehalt des Beamten bis zur Höhe des Regreßanspruches zurückbehalten und würde auf diese Weise dem Amtsrichter, wenn ihm nicht andere Subsistenzmittel zur Verfügung stehen, die Fortführung seines Amtes unmöglich machen. Es würde also durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gerade der Erfolg herbeigeführt werden, welcher durch das Aufrechnungsverbot des § 394 verhindert werden sollte, m. a. W: das Gesetz würde das, was es durch das Aufrechnungsverbot des § 394 gegeben hat, durch die Gewährung des Zurückbehaltungsrechts, also gleichsam durch eine Hintertür, wieder nehmen und damit selbst die Hand zu einer Umgehung der Vorschrift des § 394 bieten.[52]) Ein solcher Widerspruch aber kann in keiner Rechtsordnung, zumal nicht in einem so

---

[51]) Vgl. Entsch. d. RG. vom 17. II. 1903 in Egers Eisenbahnrechtl. Entsch., Bd. XXI, S. 4 ff.

[52]) Olshausen in Gruchot's Beitr., Bd. 48, S. 456; OLG. Nürnberg in Seufferts Bl. f. Rechtsanw., Bd. 71, S. 585; Löwenbach a. a. O. S. 586.

folgerichtig durchgearbeiteten Gesetz, wie es das BGB. ist, bestehen. Tatsächlich handelt es sich hierbei auch nur um einen scheinbaren Widerstreit, der durch die Ausführungen Kohlers[53]) bald seine Lösung findet. Sein Gedankengang ist im wesentlichen und wörtlich folgender:

Im allgemeinen steht es den Parteien frei, einen wirtschaftlichen Zweck in jeder beliebigen Rechtsform zu realisieren, und hierbei gelten jeweils die Gesetze, welche die von den Parteien gewählte Rechtsform beherrschen. Es gibt nun aber Gesetze, welche sich nicht auf die spezielle Rechtsform beschränken, sondern das ökonomische Resultat zum Gegenstand ihrer Norm erheben, die Erreichung eines bestimmten ökonomischen Resultats selbst verbieten oder nur unter bestimmten Voraussetzungen gestatten. Hier greift die gesetzliche Bestimmung durch, sie bindet sich nicht an die einzelne Rechtsform, sie ergreift vielmehr das Zweckbestreben, wo immer sie es findet, in welcher Rechtsform es sich bürgt oder durch welchen Komplex von Rechtsgeschäften auch immer es sich hindurchzuschleichen sucht. Das Ganze ist daher eine Frage der Gesetzesauslegung: Bezieht sich das Gesetz auf das von ihm genannte Rechtsgeschäft als solches oder auf das Zweckbestreben, welches sich nur typisch in dem betreffenden Rechtsgeschäfte ausprägt? Ist das Rechtsgeschäft, von dem das Gesetz spricht, Objekt der gesetzlichen Norm oder ist es nur die Ausdrucksform eines bestimmten wirtschaftlichen Zweckes?

Die hier von Kohler ausgesprochene Ansicht wird auch von Hellwig[54]) vertreten, indem er sagt: Die von einem verbietenden Gesetz auf seine Übertretung gesetzten Folgen treten nicht nur ein, wenn das Rechtsgeschäft direkt die in dem Gesetz bezeichnete Handlung enthält, sondern auch dann, wenn diese so eingerichtet ist, daß sie dem Wortlaut des Gesetzes nicht widerspricht, der Sache nach aber gerade das enthält, was das Ge-

[53]) a. a. O. S. 144.
[54]) a. a. O. S. 371 ff.

setz verhüten wollte. Hier soll der Richter nicht bei dem Buchstaben des Verbots stehen bleiben, sondern er soll das Gesetz seinem geistigen Inhalte nach anwenden d. h. er soll auch solchen Rechtsgeschäften, welche in anderer Rechtsform die nämlichen Resultate erzielen, so, als ob sie unmittelbar durch das Gesetz bedroht wären, entgegentreten.

In Übereinstimmung mit diesen theoretischen Ausführungen befindet sich auch das RG. In seiner Entscheidung vom 28. Oktober 1899[55]) wirft es die Frage auf, ob eine Umgehung des Gesetzes dann anzunehmen sei, wenn ein Rechtsgeschäft vorliegt, dessen Rechtsform zwar nicht der vom Gesetzgeber gewählten Begriffsbestimmung entspreche, dessen wirtschaftlicher Erfolg aber derselbe sei, wie er durch das Rechtsgeschäft herbeigeführt werde, dessen Rechtsform sich mit der gesetzlichen Begriffsbestimmung decke, und diese Frage wird bejaht auf Grund des Satzes, „daß der Rechtserfolg, den der Gesetzgeber durch eine zwingende allgemeingültige Rechtsnorm einem Rechtsgeschäft versagt, nicht auf einem Umwege dadurch erreicht werden kann, daß dem Rechtsgeschäfte ohne Änderung seines Inhalts eine andere Form gegeben wird.“

Die hier entwickelten Grundsätze aber treffen genau auf den vorliegenden Fall zu[56]); denn § 394 will nicht die Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen als solche untersagen, sondern will allgemein d. h. ohne Rücksicht auf die gewählte Rechtsform den Eintritt des wirtschaftlichen Erfolges, welcher durch die Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen herbeigeführt werden würde, verhindern; er will verhindern, daß die Verwirklichung unpfändbarer Ansprüche, auf welchen zumeist der Unterhalt des Berechtigten beruht, mit Rücksicht auf Gegenforderungen dauernd unterbleibt. Da nun das Zurückbehaltungsrecht, wie oben dargelegt, beim Gegenüberstehen von Geldforderungen zu demselben wirtschaftlichen Ergebnis wie die Auf-

---

[55]) Bd. XXXXIV, S. 103 ff.

[56]) Lotmar a. a. O. S. 424 ff.; Löwenbach a. a. O. 586; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, S. 90 ff.; derselbe im Recht, Jahrg. 1903, S. 426 ff.

rechnung führt, so steht es in diesem Falle dem Zweckbestreben des § 394 entgegen und wird daher von dem Verbot des § 394 mitergriffen. Wir kommen sonach zu dem Schluß, daß beim Gegenüberstehen von Geldforderungen die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen innerhalb der Grenzen des Aufrechnungsverbots des § 394 unzulässig ist.[57])

Dieses Ergebnis ist, wie ich noch besonders hervorheben will, nicht etwa durch analoge Anwendung des § 394, sondern vielmehr durch eine Anwendung des allgemeinen Verbots des in fraudem legis agere auf den speziellen zur Entscheidung vorliegenden Fall gefunden worden.

Was aber in dem speziellen Falle des Gegenüberstehens von Geldforderungen gilt, hat in gleicher Weise auch dann Geltung, wenn es sich um andere ihrem Gegenstande nach gleichartige Forderungen handelt, sodaß wir schließlich zu dem Ergebnis kommen: Sind die einander gegenüberstehenden Forderungen ihrem Gegenstande nach gleichartig, so ist die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen

---

[57]) Zu einem gerade entgegengesetzten Resultat kommt Dernburg — a. a. O. § 59, III —. Da nach seiner Ansicht das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen unbedingt zulässig ist, so wählt er diesen Standpunkt zum Ausgangspunkt und kommt, da nach seiner Meinung Geldleistungen Zug um Zug keinen Sinn haben und sich in diesem Falle das Zurückbehaltungsrecht zur Aufrechnung gestalten muß, zu dem Schluß, daß beim Gegenüberstehen konnexer Geldforderungen die Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen als zulässig anzuerkennen sei. Dieses Ergebnis aber steht in offenbarem Widerspruch mit dem § 394, nach dessen Wortlaut gegen unpfändbare Forderungen auch die Aufrechnung mit konnexen Gegenforderungen verboten ist. Man kann vielmehr bei der Entscheidung der Frage, in welchem Verhältnis im Falle des Gegenüberstehens zweier Geldforderungen das Zurückbehaltungsrecht zu dem Aufrechnungsverbot des § 394 steht, nur das letztere zum Ausgangspunkt nehmen und kommt dann, wenn man das allgemeine Verbot des in fraudem legis agere auf den vorliegenden Fall anwendet, zu dem obigen Resultat. (Vgl. Pappenheim a. a. O. S. 90; Wallroth a. a. O., S. 260; OLG. Stettin in Jur. Monatsschr. f. Posen, Jahrg. 1905, S. 45; AG. Köln in GG. Jahrg. VI, Sp. 123 ff.)

innerhalb der Grenzen des Aufrechnungsverbots des § 394 unstatthaft.

Erwähnen will ich an dieser Stelle zwei andere in Bezug auf die uns hier beschäftigende Frage vertretene Ansichten, von denen die eine in einer Entscheidung des OLG. Hamburg niedergelegt ist, die andere von Barkow vertreten wird.

Dem Urteil des OLG. Hamburg[58]) liegt folgender Tatbestand zu Grunde: Ein Schiffsmann klagt gegen die Rhederei auf Auszahlung seiner Heuerforderung. Die Rhederei, welche beim Abschluß der Heuerverträge vereinbart hatte, daß die ganze Schiffsmannschaft für den der Rhederei durch Schmuggel eines Schiffsmanns erwachsenen Schaden gemeinschaftlich haftet, macht das Zurückbehaltungsrecht geltend wegen einer Gegenforderung, die sie darauf stützt, daß ihr durch Bezahlung einer Zollstrafe wegen eines von einem anderen Schiffsmann verübten Schmuggels ein Schaden entstanden sei.

Das OLG. Hamburg ist der Ansicht, daß gegen diese Heuerforderung nicht nur die Aufrechnung nach § 394 BGB., sondern im vorliegenden Falle auch die Zurückbehaltung derselben unzulässig sei. Denn nach § 273 BGB. sei — so führt es aus — die Zurückbehaltungseinrede nur gegeben, wo es dolos wäre zu fordern, was man sofort wieder zurückgeben müßte. Dies sei z. B. der Fall, wenn ein Arbeiter, der seinen Dienstherrn durch Unterschlagungen geschädigt habe, seinen vollen Lohn fordere. Dagegen handle ein Arbeiter nicht dolos, wenn er, wie im gegebenen Falle, seinen verdienten Lohn fordere, ohne einen seinem Arbeitsgeber ohne sein Verschulden entstandenen Schaden, für den er nur vertragsmäßig einzustehen habe, in Abzug zu bringen.

Diese Unterscheidung zwischen Haftung für eigenes und für fremdes Verschulden ist indessen nicht zu billigen nnd findet auch im Gesetz keine Stütze. Denn der das Zurückbehaltungsrecht rechtfertigende dolus ist sowohl dann gegeben, wenn der

[58]) in Seuff. Arch., Bd. 57, S. 92 ff.

Arbeiter seinen vollen Lohn fordert, obwohl er weiß, daß dem Dienstherrn eine Gegenforderung wegen eines ihm durch sein Verschulden erwachsenen Schadens zusteht, als auch dann, wenn der Arbeiter seine Lohnforderung in voller Höhe geltend macht, obwohl er weiß, daß dem Dienstherrn gegen ihn eine Ersatzforderung wegen eines ihm entstandenen Schadens zusteht, den er zwar nicht verschuldet, für den er aber vertragsmäßig einzustehen hat. Wenn daher das OLG. Hamburg die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts von der Beantwortung der Frage abhängig macht, ob in der Geltendmachung der Forderung seitens des Gläubigers eine dolose Handlungsweise desselben zu erblicken ist, so mußte es auch im gegebenen Falle der Schuldnerin die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gestatten.[59])

Die zweite Ansicht wird, wie bereits hervorgehoben, von Barkow vertreten.[60]) Dieser will die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts von der Liquidität der Gegenforderung abhängig machen und führt demgemäß unter Bezugnahme auf den Arbeitsvertrag aus: Ist die Gegenforderung, wegen welcher der Lohn zurückbehalten wird, zweifellos, ist insbesondere die Entschädigungsforderung des Arbeitgebers zugestanden, so würde in der Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts eine Härte und Unbilligkeit gegen den Lohnverpflichteten liegen. Hängt aber die Feststellung seiner Gegenforderung erst noch von einer zeitraubenden Beweiserhebung ab, so würde es gegen den Zweck des Lohnvertrags und gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der an sich berechtigte Lohnanspruch bis dahin in seiner Erfüllung hingehalten werden sollte. Die Liquidität aber ist heutzutage nur noch im Prozeß von Bedeutung; sie kann daher für die Entscheidung der auf dem Gebiete des materiellen Rechts liegenden Frage der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen nicht ausschlaggebend sein.

Außerdem aber spricht auch folgende rein praktische Erwägung gegen die Ansicht Barkows. Denn durch die von ihm

---

[59]) Vgl. Pappenheim a. a. O., S. 87 ff.

[60]) a. a. O., S. 73 ff.

vorgeschlagene Unterscheidung würde, da es in concreto oft sehr zweifelhaft sein kann, ob die Beweiserhebung über die Gegenforderung als eine zeitraubende anzusehen ist oder nicht, eine große Unsicherheit in das Recht hineingetragen werden, und es würde, da die Beweiserhebung über eine Schadensersatzforderung, um die es sich doch meistens handelt, in der Regel einige Zeit in Anspruch nimmt, schließlich darauf hinauskommen, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nur dann zuzulassen, wenn der Gläubiger die Gegenforderung anerkennt, damit aber würde man, da es ja stets in das Belieben des Gläubigers gestellt ist, die Gegenforderung anzuerkennen oder zu bestreiten, den Schuldner der Willkür seines Gläubigers preisgeben. Schon dieser Umstand zeigt, daß die Ansicht Barkows nicht geeignet ist, die vorliegende Streitfrage in befriedigender Weise zu lösen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß sie einen vermittelnden Standpunkt in derselben einnimmt.[61])

Von der Annahme, daß bei Gleichartigkeit der einander gegenüberstehenden Ansprüche das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen unzulässig sei, muß auch der Gesetzgeber ausgegangen sein, da er für besondere Fälle ausdrücklich Ausnahmen von dem Aufrechnungsverbot zugelassen hat.[62])

Nach BGB. § 394 S. 2 ist die Aufrechnung geschuldeter Beiträge gegen die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen zu beziehenden Hebungen ausdrücklich für zulässig erklärt. Ferner ist auf Grund des Art. 95 EG. z. BGB. in verschiedenen Bundesstaaten der § 394 durch Landesgesetzgebung für bestimmte Fälle des Gesinderechts außer Kraft gesetzt worden.[63]) So räumt Art. 14 § 1 Abs. 3 des Preuß. Ausf.-Ges. z. BGB.

---

[61]) Vgl. Trautmann a. a. O., S. 109 ff.

[62]) Wolff a. a. O., S. 319 ff. Wallroth a. a. O. S. 263. Sigel a. a. O S. 113. AG. Köln im GG., Jahrg. VI, Sp. 123 ff.

[63]) Die Rechtsgültigkeit dieser Bestimmungen ist allerdings nicht unbestritten, aber in Übereinstimmung mit Fromherz. — Dtsch. Jur.-Ztg. 07, S. 1248 ff. — zu bejahen; die gegenteilige Ansicht vertritt Cordes. Jur. Wochenschrift 07, S. 383 ff.

dem Dienstberechtigten ausdrücklich das Recht ein, „seine Entschädigungsansprüche wegen Verletzung der dem Gesinde aus dem Gesindeverhältnisse obliegenden Verpflichtungen gegen dessen Lohnforderung aufzurechnen." Dieser Ausnahmen aber hätte es nicht bedurft, wenn die Kassen beziehungsweise der Dienstberechtigte nach Ansicht des Gesetzgebers in der Lage gewesen wären, sich schon durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wegen ihrer Ansprüche schadlos zu halten. Gerade der Umstand also, daß der Gesetzgeber die ausdrückliche Zulassung solcher Ausnahmebestimmungen für erforderlich hielt, läßt mittels argumentum e contrario darauf schließen, daß er von dem Standpunkt der Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts in diesen Fällen ausgegangen ist.

Ferner sind durch Art. 81 EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht erhalten worden, welche die Aufrechnung gegen Ansprüche der Beamten auf Besoldung abweichend von der Vorschrift des § 394 zulassen. Diese Bestimmung ist auf Veranlassung der Regierungen mehrerer Bundesstaaten getroffen worden, die „Gewicht darauf legten, in der Aufrechnung von Ansprüchen aus dienstlichem Verschulden der Landesbeamten gegen deren Gehalts- und Pensionsansprüche freie Hand zu behalten, — um ein wirksames Mittel in der Hand zu haben, die Beamten zu pflichtmäßiger Sorgfalt anzuhalten."[64]) Ein solches Mittel aber würde den Regierungen auch dann zur Verfügung gestanden haben, wenn das Zurückbehaltungsrecht in diesen Fällen zuläßig wäre. Erachtete man gleichwohl die Aufrechterhaltung jener landesgesetzlichen Vorschriften für erforderlich, so beweist dies wiederum, daß man der Ansicht war, daß das Zurückbehaltungsrecht in den fraglichen Fällen nicht ausgeübt werden könne.

Das durch rein juristische Erwägungen gefundene Ergebnis, daß beim Gegenüberstehen gleichartiger Forderungen, insbesondere beim Gegenüberstehen von Geldforderungen das Zurück-

---

64) Prot. I, S. 375.

behaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen ausgeschlossen ist, aber findet in den wirtschaftlichen Verhältnissen der heutigen Zeit seine Billigung; vor allem erscheint dieser Grundsatz auf seinem wichtigsten Anwendungsgebiet, dem Gebiete des Arbeits- und Dienstvertrages, aus sozialen Gründen gerechtfertigt.[65])

Denn wie fast alle unpfändbaren Forderungen, so trägt auch ganz besonders die Lohnforderung den Charakter der Alimentation. Sie bildet die Grundlage für die Existenz des Arbeiters und seiner Familie. Für ihn bedeutet die Vorenthaltung des fälligen Lohnes seinen wirtschaftlichen Ruin, er gerät mit den Seinen in bitterste Not und fällt schließlich der Armenpflege zur Last. Andererseits liegt allerdings in der Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts für den Arbeitgeber eine nicht zu leugnende Härte; denn in den meisten Fällen wird er, wenn man ihm das Recht, sich durch Zurückbehaltung des Lohnes wegen seines Gegenanspruchs zu sichern, nimmt, keine Befriedigung erlangen. Die Folgen der Nichterfüllung seiner Gegenforderung aber sind keineswegs so schwerwiegende wie diejenigen, welche die Zurückbehaltung des Lohnes für den Arbeiter nach sich zieht; es ist daher durchaus billig, diesen Interessenkonflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach dem „Prinzip des Schutzes des überwiegenden Interesses“ [66]) zu Gunsten des wirtschaftlich schwächeren Teiles, des Arbeiters, zu entscheiden, zumal „der Arbeitgeber aus der Kapitallosigkeit und der durch sie bewirkten Unselbständigkeit des Arbeiters so viele ökonomische Vorteile zieht,“ [67]) daß es keinem wesentlichen Bedenken unterliegen kann, nach dem Satze: cuius est commodum, eius periculum esse debet auch einen Teil der Gefahr der wirtschaftlichen Lage des Arbeiters auf den Arbeitsherrn abzuwälzen.

---

[65]) Vgl. Sinzheimer Lohn u. Aufrechn., S. 80 f.; vgl. Wallroth a. a. O. S. 250 ff.; vgl. Sigel a. a. O. S. 115; Anm. der Red. im GG., Jahrg. V, Sp. 141.

[66]) Sinzheimer, Lohn und Aufrechn., S. 80.

[67]) Lotmar a. a. O. S. 466.

Schluß.

§ 5.

Endergebnis und Würdigung des gegenwärtigen Rechtszustandes.

Als Ergebnis der vorstehenden Erörterungen können wir nunmehr folgenden Grundsatz aufstellen:

Beim Gegenüberstehen ungleichartiger Forderungen kann das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen geltend gemacht werden.

Beim Gegenüberstehen gleichartiger Forderungen aber, insbesondere beim Gegenüberstehen von Geldforderungen ist die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen innerhalb der Grenzen des Aufrechnungsverbots des § 394 unzulässig.[68])

---

[68]) Denselben Standpunkt vertreten: OLG. Stettin in seinem Urteil vom 10. I. 1905, s. Jur. Monatschr. f. Posen, Jahrg. 1905, S. 43 ff.; Geib a. a. O. S. 17; Sinzheimer im GG. V, Sp. 137 ff., der allerdings später in seiner Abhandlung: Lohn und Aufrechnung die hier von ihm vertretene Ansicht aufgiebt und sich für den unbedingten Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts erklärt.

Gleichwohl vermag ich nicht einzusehen, warum die im Text angenommene Zweiteilung, wie Poel — a. a. O., S. 57 — behauptet, „unhaltbar" sein soll. Denn es ist meiner Meinung nach ein großer Unterschied, ob der Dienstherr den von seinem Arbeiter angerichteten Schaden durch einen Dritten beseitigen läßt und wegen des ihm nun zustehenden Ersatzanspruches den Lohn des Arbeiters zurückbehält, wodurch demselben der Lohn in gleicher Weise wie durch Aufrechnung dauernd entzogen wird, oder ob er die Auszahlung des Lohnes nur solange verweigert, bis der Arbeiter den Schaden ausgebessert hat. Denn in dem letzteren Falle ist der Arbeiter in der Lage, durch sofortige Beseitigung des angerichteten Schadens das der Auszahlung seines Lohnes entgegenstehende Hindernis aus dem Wege zu räumen und sich damit den alsbaldigen Besitz des Geldes zu sichern.

Allerdings ist nicht zu verkennen, daß das Verbot der Aufrechnung und die sich im Falle der Gleichartigkeit der beiden gegenüberstehenden Forderungen daraus ergebende Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts für den Schuldner dann eine unbillige Härte enthalten, wenn sein Gegenanspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf das sich der Anspruch des Gläubigers gründet, hervorgegangen ist und auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des letzteren beruht. Denn daß ein Rechtszustand, bei dem der Arbeiter, um wiederum ein Beispiel aus diesem Gebiete zu wählen, von seinem Arbeitgeber die Auszahlung des vollen Lohnes verlangen kann, obwohl er demselben böswillig einen Schaden zugefügt hat, für den Arbeitsherrn eine ungerechte Benachteiligung enthält, zumal es diesem in der Regel nicht möglich sein wird, sich aus anderen Vermögensobjekten des Arbeiters zu befriedigen, liegt auf der Hand und wird wohl auch allgemein anerkannt. Man hat daher verschiedentlich versucht, dieser Härte in anderer Weise, meist auf sehr gesuchtem Wege, zu begegnen.

Erwähnenswert erscheint in dieser Hinsicht vor allem eine Entscheidung des GG. Kiel vom 14. II. 1900.[69]) Nach dem Tatbestand dieser Entscheidung steht der Lohnforderung eines Arbeiters ein Gegenanspruch des Arbeitgebers gegenüber, der sich darauf gründet, daß der Arbeiter durch vorsätzliche Loslösung und widerrechtliche Aneignung von Metallteilen einer hydraulischen Presse dem Arbeitsherrn einen die Klageforderung übersteigenden Schaden zugefügt hat. Das Gericht entschied nun: Da in dem vorliegenden Falle sowohl gegen die Schadensersatzforderung des Arbeitgebers auf Grund des § 393 BGB. als auch gegen die Lohnforderung des Arbeiters auf Grund des § 394 BGB. die Aufrechnung gesetzlich ausgeschlossen sei, so müsse nach den Sätzen der Logik der Erfolg der sein, daß die beiderseitige Nichtaufrechenbarkeit sich gegenseitig aufhebe und eine Aufrechnung wieder stattfinden könne.

---

[69]) abgedr. im GG. V, Sp. 154.

Dieser Schluß aber ist ein Trugschluß, zu dem wohl das Gericht mehr durch Billigkeitsrücksichten als durch streng juristische Erwägungen geführt worden ist. Denn nach den Sätzen der Logik führt die beiderseitige Nichtaufrechenbarkeit der sich gegenüberstehenden Forderungen nicht die Aufhebung der Inkompensabilität herbei, sondern bewirkt, daß in einem solchen Falle die Möglichkeit einer Aufrechnung erst recht ausgeschlossen ist.[70])

Einen anderen Ausweg suchten einige[71]) darin zu finden, daß sie nicht nur die Arbeitsleistung, sondern auf Grund der Bestimmung des § 242 BGB., nach welcher der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, das ganze Verhalten des Arbeiters bei der Arbeit zum Inhalt des Arbeitsvertrages machen; beschädigt daher der Arbeiter schuldhafterweise, insbesondere vorsätzlich das ihm anvertraute Arbeitsgerät oder begeht er in Ausführung seiner dienstlichen Verrichtungen einen Diebstahl oder eine Unterschlagung, so hat er nach der Ansicht jener seinerseits nicht in einer dem Inhalt des Vertrages entsprechenden Weise vorgeleistet und kann daher auch nicht die Gegenleistung, nämlich seinen Lohn, verlangen; denn seine Lohnforderung ist in diesem Falle noch nicht, wenigstens nicht in voller Höhe zur Entstehung gelangt.

Mir erscheint indessen diese Auslegung des Arbeitsvertrages sehr gezwungen, und kann ich daher auch diesen Ausweg nicht als einen glücklichen bezeichnen. Denn nach meiner Ansicht ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes (§ 611 BGB.) Gegenstand des Arbeitsvertrages nur die Arbeitsleistung, nicht auch das sonstige Verhalten des Arbeiters bei derselben. Hat der Arbeiter daher diese ordnungsmäßig d. h. so wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, verrichtet, so hat er seinerseits erfüllt und damit einen Anspruch auf die Gegenleistung erworben. Es ist daher der eventuelle

70) Vgl. Löwenbach a. a. O. S. 586 ff.; vgl. Baum, a. a. O. S. 45 ff.
71) So: Metzges a. a. O. S. 47. Baum, a. a. O. S. 45 ff.

Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers als ein allerdings auf demselben Rechtsverhältnis wie die Lohnforderung des Arbeiters beruhender, aber doch an sich selbständiger Gegenanspruch anzusehen.

Die Versuche, die man bisher zur Beseitigung der sich aus dem Aufrechnungsverbot des § 394 und dem Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts für den Arbeitsherrn ergebenden Härten unternommen hat, haben daher meiner Meinung nach zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt, und es erscheint mir unter der Herrschaft des geltenden Rechts jede Möglichkeit, diesen Härten auf einem anderen ungezwungenen Wege zu begegnen, ausgeschlossen. Es ist sonach Sache der Gesetzgebung, diese bei dem gegenwärtigen Rechtszustande hervorgetretenen Mängel zu beseitigen, und es frägt sich nur, durch welche gesetzlichen Bestimmungen eine Besserung des jetzigen Rechtszustandes in dieser Hinsicht herbeigeführt werden kann.

Mir erscheint es zunächst zur Beseitigung der sich aus dem Aufrechnungsverbot des § 394 für den Schuldner ergebenden Härten erforderlich, dieses Verbot für den Fall außer Kraft zu setzen, daß der Gegenanspruch des Schuldners aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem die Forderung des Gläubigers beruht, hervorgegangen und aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des letzteren entstanden ist.

Außerdem würde ich es für wünschenswert erachten, wenn durch Aufnahme einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung der Standpunkt des Gesetzes zu der uns beschäftigenden Streitfrage klargestellt und so die in dieser Hinsicht bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt würde. Zu diesem Zwecke dürfte es sich empfehlen, eine Bestimmung des Inhalts in das BGB. aufzunehmen, daß bei Gleichartigkeit der sich gegenüberstehenden Ansprüche das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen innerhalb der Grenzen des Aufrechnungsverbots des § 394 nicht ausgeübt werden darf.

Zum Schluß gestatte ich mir daher de lege ferenda folgende Vorschläge zu machen:

I. Dem § 394 einen Absatz II folgenden Inhalts hinzuzufügen:

Gegen eine der Pfändung entzogene Forderung ist die Aufrechnung zulässig, wenn der Gegenanspruch des Schuldners aus demselben rechtlichen Verhältnisse, auf dem die Forderung des Gläubigers beruht, hervorgegangen und aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des letzteren entstanden ist.

II. Dem BGB. einen neuen Paragraphen 273a folgenden Inhalts hinzuzufügen:

Gegenüber einer der Pfändung entzogenen Forderung kann in demselben Umfange, in dem gegen dieselbe die Aufrechnung nach § 394 [72]) verboten ist, auch das Zurückbehaltungsrecht wegen einer ihrem Gegenstande nach gleichartigen Forderung nicht ausgeübt werden.

---

[72]) Gemeint ist in diesem Falle § 394 einschließlich des neu vorgeschlagenen Absatz II.

Lebenslauf.

Ich, Hans Wiesenthal, wurde am 25. Mai 1883 zu Breslau als Sohn des Postsekretärs, Hauptmanns a. D. Reinhold Wiesenthal und seiner Ehefrau Gertrud, geb. von Tschischwitz geboren und in der katholischen Religion erzogen. Nach vierjährigem Besuch der hiesigen Volksschule wurde ich in die Sexta des Kgl. kath. St. Matthias-Gymnasiums zu Breslau aufgenommen, wo ich nach neunjährigem Besuch der Anstalt Ostern 1903 das Reifezeugnis erhielt. Hierauf widmete ich mich auf den Universitäten zu Breslau und Freiburg i. Br. dem Studium der Rechtswissenschaft, insbesondere dem Studium des römischen und bürgerlichen Rechts, und hörte vor allem die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

Beyerle, Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Jörs, Leonhard, Merkel, Rosin, Richard Schmidt, Sombart.

Allen meinen hochverehrten Lehrern, vor allem aber Herrn Professor Dr. Jörs, spreche ich meinen gehorsamsten Dank aus.

Am 11. März 1907 legte ich vor der Prüfungskommission des Kgl. Oberlandesgerichts zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung ab. Den juristischen Vorbereitungsdienst begann ich bei dem Kgl. Amtsgericht in Winzig.

Am 1. Februar 1909 bestand ich das examen rigorosum.

Zu besonderem Dank bin ich Herrn Professor Dr. Schott für sein mir in liebenswürdigster Weise gezeigtes Interesse verpflichtet.

Inhaltsverzeichnis.